



TITLE:

# 南京條約以前の治外法権問題に就いて(上)

AUTHOR(S):

矢野, 仁一

---

CITATION:

矢野, 仁一. 南京條約以前の治外法権問題に就いて(上). 經濟論叢 1925, 21(3): 315-342

ISSUE DATE:

1925-09-01

URL:

<https://doi.org/10.14989/128323>

RIGHT:

# 京都市大學經濟學會 經濟論叢

第三號

第十二卷

大正十四年九月一日發行

## 論叢

資本論第一版と第二版との相違……法學博士 河上 肇

南京條約<sup>以前</sup>の治外法權問題<sup>に就いて</sup>……文學博士 矢野 仁一

無收益財産の課税……法學博士 神戸 正雄

江戸時代<sup>に於ける</sup>田畠永代賣買の禁止……文學博士 三浦 周行

## 時論

支那の排外運動<sup>に對する</sup>根本方策……法學士 作田 莊一

## 說苑

農政上より見たる家産制度……經濟學士 八木芳之助

<sup>リカアド</sup>に於ける勞働價值法則の妥當性<sup>に就いて</sup>……經濟學士 森 耕二郎

## 雜錄

近世農村問題の性質……經濟學博士 本庄榮治郎

我國最近の死産に就て……經濟學士 岡崎 文規

間接稅負擔の地方別研究……法學士 沙見 三郎

## 法令

五分利國庫債券（第二十五回）發行規程・朝鮮簡易國勢調査ニ關スル件・樺太簡易國勢調査施行規則

（禁轉載）

## 南京條約以前の治外法權問題に就いて (上)

矢野 仁一

今日支那に於て治外法權の撤廢と云ふことは、租界租借地の回收、關稅自主權の恢復などと共に、殆んど全國民の要求となつて居る様であるが、果して今日の支那に於て外國人に治外法權を許してはならぬと云ふ切實なる國民的利害關係の現存するものがあるであらうか。司法制度の狀態、乃至人民の法律上の生活は外國人の治外法權を許すが爲めに如何なる實際上の不都合を感じ、脅威壓迫を感じるであらうか。試みに今日日本に於て外國人の治外法權を許すせんか、日本の司法制度、人民の法律上の生活は非常なる不都合を感じ、又脅威壓迫を感じることは明かである。日本には之を許してはならぬと云ふ切實なる利害關係の現存するものがあるが、支那にはそれが無い。刁敏謙君の日新談議 (China Awakened, Chap. XIV, Judicial Reforms) に支那の文化の單位は家族で個人でない、家族の名譽、家族の互助を基礎とする支那の自制的社會に在つて、法律制度の制定はさほど必要でないと言つてあるが、必要でないか否かは別として、必要が感ぜられて居ないことは明かである。此の點に於ては南京條約以前も今日も餘り變りがない。南京條約以前に於て、支那の司法制度、法律上の生活が、外國人の治外法權を許しても、不都合を感じ、又脅威壓迫を感じる様になつて居なかつたと云ふことは、支那に於て南京條約以後今日までの外國人の治外法權を導くに至つた根本的原因である。支那人は外國人の治外法權を許すことの如何に國家權力の重大なる損失であるかを自覺しなかつたのである。今日支那に於て治外法權の撤廢は熱心に叫ばれつゝあり、支那人は既に之を許すことの重大なる國家權力の損失たるを自覺し、南京條約以前とは非常に違つて居る様に見えるが、司法制度の狀態、人民の法律上の生活などは、まだまだ外國人の治外法權を許してはならぬと云ふ程度に達して居らぬ。成程清朝末に於て編纂され、當時支那の禮教を無視するものであるとして、激烈なる國論の反對に遇ひ、發布せらるゝに至らなかつた刑法草案は一九一二年以來

多少の修正を経て不完全ながら實行せられつゝあり、裁判所、監獄なども漸次新設或は改善せらるゝ氣運に向つては居るが、それがどれ程までも人民の實際生活の要求に基づきたるものとも考へられぬ。支那に於ける治外法權撤廢の要求は、治外法權の存在が國家權力の重大なる損失たる意義の眞の理解に即したる人民の眞摯なる要求とは信ぜられぬ。私は支那に於て司法制度の狀態、人民の法律上の生活が外國人の治外法權を許しても不都合を感じ、又脅威壓迫を感ずる様になつて居らない結果、南京條約以後治外法權を導くに至りたる如く、若し治外法權撤廢が出来たとすれば、支那人はそれと共に問題は解決した様に考へ、司法制度の完整、人民の法律生活の振蕩と云ふことは何時までも出来ない様になり、人民の眞の幸福となるべき社會狀態を導く様な治外法權撤廢の眞の効果が望まれないことになりはせぬかと恐るゝのである。私は南京條約以後支那に於て治外法權を導くに至りたる事情を研究して、聊か治外法權撤廢問題に拂はるものゝ參考に供したいと考へたる所以である。

## 一

支那に於ける外國人の治外法權は、顧維鈞君が其の「コランビヤ大學に提出した學位論文」「支那に於ける外國人の地位」に於て考證して居る通り、一八四三年道光二十三年十月の虎門追加條約を待つまでもなく、況してジョン・フォスターの名著「米國の極東外交」に於て指摘せる如く、一八四四年

道光二十三年十月

の支米望厦條約を待つまでもなく、一八四二年道光二十二年の南京條約當時の約束に淵源するも

のであることは疑ふべくもない。然しそれは支那が外國人の治外法權を權利として認めたるは、南京條約當時に始まると云ふ意味であつて、顧維鈞君は認めない様であるが、支那が外國人の治外法權を事實上許した事例は南京條約以前に於ても澤山有るのである。顧維鈞君は外國人の治外

法權は南京條約當時から始まるもので、南京條約以前に於ては外國人の治外法權あるべからずとの考へから、南京條約以前に於ては外國人に治外法權を許した様な事實もまたあつてはならぬと、力説論證頗る力めて居るのである。

支那に於て外國人の治外法權を事實として許したこと、之を權利として許したことは根本的に違ふのである。南京條約以前に於ては、支那は法の上に於て外國人の治外法權を認めなかつたのであるが、徳治政治の國として、法の條文よりは法の精神に重きを置きたる關係上、法の精神を達する上より、外國人の治外法權を認むるを便宜とし、事實上之を許した様な例は随分多いのである。然しそれは支那に於て其の方が法の精神を達するに便宜であるを考へて許したもので、外國人の權利として認めたものでないから、さう云ふ例があるかと思へば、又次ぎの場合には外國人の治外法權を許さない様な事實が起つて居るのであつて、頗る顧維鈞君や外國人の治外法權研究者を苦しめて居るのである。然しそれは矢張り、支那に於て法の精神を達する上外國人の治外法權を許すを便宜と考へなかつた爲めで、法の條文通り實行したるに過ぎない譯であるから、支那としては、治外法權を許すも許さざるも、其の態度に毫も變化はなかつたのである。

私は南京條約當時に於て支那が外國人の治外法權を權利として認むることに容易に同意したのは、南京條約以前に於て、事實として之を許した様な事例が澤山有つたと云ふことが關係して居

るのではないかとさへも考へて居る。私は南京條約以前に於てさう云ふ事例があつたが、それは支那に於て治外法權を外國人の權利として認めたことにはならないと云ふことを本論文に於て考證して見たいと思ふのである。

## 二

清律化外人有犯の條に、凡化外人犯罪者、並依律擬斷と云ふ一條文がある。これだけならば外國人の犯罪者は凡て支那の法律に依つて裁判すると云ふことで、外國人の裁判權即ち治外法權を認めないものであることに就いては、毫も疑ひを容るゝ餘地はないのであるが、困つたことは、化外の下に來降の二字が割註となつて挿入されて居ることである。即ち化外來降人云々となつて居ることである。かうなると疑ひは起つて來る。化外人即ち來降人であると云ふ意味が、化外人中の來降者と云ふ意味が分からなくなるが、然し化外人を以て直ちに來降人の意味に解釋することは、歸化外人の義であるとしても附會しなければならぬことになり、無理な解釋であるから、矢張り此の場合は化外人中の來降者、來降せる化外人と云ふ意味に解釋するは穩當な様である。

化外人有犯の條文の最後にも、獨立したる一の註が附記してある。化外人既來歸附、即是王民、有罪並依律擬斷、所以示無外也と云ふ註である。化外人でも支那に來つて歸附すれば、支

那の王民となつたものであるから、支那人同様支那の法律に依つて裁判して、其の前身の化外人であつたと云ふことに依つて、支那人と區別的の待遇をしないと云ふ意味で、此の註は化外は王化外の外國と云ふ意味に過ぎざることを承認して、本文の化外降來人は外國人中の來降歸附者、來降歸附せる外國人と云ふ意味であることを裏書きして居るのである。

さうすると化外人有犯の條文は化外人に來降と云ふ二字の割註がない場合と、それがあつた場合に依つて、意味に非常の差異を生ずることになる。

支那に來降歸附せる外國人は支那の法律に依つて裁判すると言へば、支那に來降歸附せざる外國人は支那の法律に依つて裁判しないと云ふことにならなければならぬと考へられる。米國では歸化權を持たない外國人に市民權を與へないとは言はないが、歸化權を持つて居る外國人に市民權を與へると言つて、歸化權を持たない外國人に市民權を與へないことにして居るのである。清律に支那に來降歸附せざる外國人の犯罪は支那の法律に依つて裁判しないと云ふ明文はないが、支那に來降歸附せる外國人の犯罪は支那の法律に依つて裁判すると云ふ明文は、それを意味するものとすれば、來降歸附せる外國人は外國人と云ふべきものでなく、來降歸附せざる外國人こそは眞の外國人と云ふべきであるから、外國人は支那の法律に依つて裁判しないことになり、割註があるかないかに依つて、意味はまるで反對となり、割註は本文を覆へすこととなる譯である。

割註と本文とは相兩立せざることになる。

一體註と云ふものは本文を説明し或は増補すべきものでこそあれ、本文を覆へすべきものではない。私は本文を覆へす註と云ふものは註とは云ふべからざるものと信ずる。

### 三

何時からかう云ふ註と云ふものは出来る様になつたか。明律の化外人有犯の條文は、本文は清律と同様であるが、割註がない。割註はないが、化外人即外夷來降之人、及收捕夷寇、散處各地方者皆是と云ふ註は附してある。私は清律の割註は、明律の此の附註を節略して挿入したものであると考へる。

一體外國人間の殺傷犯罪事件は兎も角として、外國人が支那人を殺傷したる犯罪事件でも、支那の法律に依つて裁判しないと云ふことを、法文の上に明記すると云ふことは、私は支那の法文として有るべからざることと信ずる。支那の法律に依つて裁判しないとすれば、外國に於て勝手に處分するであらう。或は全然處分しないかも知れぬ。然るに支那がそれを其の國の勝手として放任すると云ふことは、どうも支那の事情として有り得べからざることの様に思はれる。

唐律名例に、諸化外人、同類自相犯者、各依本俗法、異類相犯者、以法律論と云ふ條文がある。疏議に化外人謂蕃夷之國別立君長者、各有風俗制法不同、其有同類相犯者、須問其本國



之制、依其俗法斷之、異類相犯者、若高麗之與百濟相犯之類、皆以國家法律論定刑名と言つてある。化外人は外國籍を有する外國人で、來降歸附せる外國人を意味するものでないことは、これでも明かである。支那法の化外人の犯罪に關する條文は、唐代に於ては、來降歸附せる歸化外國人の犯罪に關するものでなく、寧ろ來降歸附せざる外國人の犯罪に關するものであることは明かで、私はそれが唐代ばかりでなく、明代に於ても清代に於ても、外國人の犯罪に關する條文の原意であると考へるのである。若し明律なり清律なりの化外人の犯罪に關する條文が來降歸附せる歸化外國人の犯罪に關するもので、來降歸附せざる外國人の犯罪を外國人の勝手な處分に任せることを意味するものであるならば、唐律の方は明律清律より餘程支那人の考へ、支那の事情に適合する様に考へられる。

然るに唐律に於て外國人間相互の犯罪事件を、支那の法律に依つて裁判せずして外國の風俗制法に依つて裁判する規定を存してあることは、支那は既に唐代より一部の治外法權を認めたもの、様にも考へられる。當時廣東に居留せるアラビヤ人の爭訟事件は、其の居留地に於て居留民長に依つてアラビヤ法に依つて裁判せられしことは、レイノードのソレイマン東方旅行記に述べてあるところである。アラビヤ人は居留民長があり居留地があつたから、其處で居留民長が裁判したとして、高麗や百濟などには居留民長も居留地もなかつたのであるから、誰が何處で裁判した

であらうか。前述の唐律の條文を按ずるに、同類相犯す者は須らく其の本國の制を問うて、其の俗法に依つて之を斷すべしとあり、支那官憲に於て高麗なり百濟なりの風俗制法を問ひ合せて、それに據つて裁判したものと考へられる。アラビヤ人の居留民長をしてアラビヤ法に據つてアラビヤ人間の犯罪事件を裁判せしめたと云ふことも、支那官憲が高麗なり百濟なりの風俗制法に據つて高麗人或は百濟人間の犯罪事件を裁判したと云ふことも、私は支那に於ては治外法權を彼等に與へたものとはならないと信ずる。私はそれは支那に於ては法の精神を達する上に於て、其の方を便宜として之を認めたものに過ぎないと信ずるのである。唐律に於ては化外人同類間の犯罪事件は、其の化外人本國の俗法に依つて之を斷する明文があるから、如何なる場合でも之を支那の法律に依つて斷する譯には往かない様になつて居るの、外國人をして權利として治外法權が與へられたものゝ様に誤解せしむる餘地もあるが、明律、清律にはそれがなから、清代に於ては外國人間の犯罪を支那の法律に依つて斷じた事例も絶無ではない。私はかう云ふ清代の事例より逆推して、唐律の化外人同類間の犯罪事件を其の化外人本國の俗法に依つて斷すると云ふ明文の規定も、法の精神を達する便宜と云ふ考へに出でたものと考へるのである。

## 四

乾隆八年

西曆一七四三年

の刑部の公文に、查律稱、化外人有犯、並依律問斷、俱期於律無枉無縱、

情實罪當、其他收禁承招等項節目、原不必悉依內地規模、轉致碍難問擬と云ふ文が見えて居る。澳門紀略卷上 官守篇 化外人の犯罪は原則として支那官憲に於て支那法に依つて裁判すべきであるが、然

し法の精神は枉を致さず、さうかと言つて又縦に失せず、情其の實を得刑其の罪に當るにあるから、之を支那内地の監獄に收禁し、支那内地の官衙に承招して取調べる様な微細な手続きを内地の規則通り實行して、却つて公平正當な審問擬律を爲すことが出来ない様なことにする必要がないと至ふ意味である。乾隆時代刑部では、清律化外人有犯の條文を、割註がないと同様に、外國人の犯罪者は凡て支那の法律に依つて裁判する規定である様に解釋したことは、查律稱、化外人有犯、並依律問斷と言つてあるにて明かである。然らば清律化外人有犯の條文の化外人は化外人中の來降歸附したるものを意味するものでなくして、寧ろ來降歸附せざる一般外國人を意味するものと考へてよい譯である。

明律の化外人は如何云ふ意味であるか。前述の如く明律の附註には化外人即外夷來降之人、及收捕夷寇、散處各地方者皆是と見えて居る。之に據ると、明律の化外人は戰爭に依つて軍門に來降せる外國人か、明軍に收捕されし夷寇であつて、明代に於てはさう云ふ外國人の犯罪者は支那の法律に依つて裁判せらるゝことになつて居た譯である。さう云ふ外國人でない犯罪者、例へば澳門の葡萄牙人の犯罪者とか、日本人の明に入聘した時の犯罪事件とかは、支那の法律に依ら

す、葡萄牙なり日本なりの風俗法制に依つて裁判することを認めた様にも考へられる。

明史日本傳、明の憲宗成化四年

應仁二  
戊子年

將軍足利義政の命を奉じて明に入聘した僧清啓の從者が

支那人を市に傷けたことを叙し、有司請治其罪、詔付清啓、奏言犯法者當用本國之刑、容

還國如法論治、且自服不能鈴束之罪、帝赦之と云ふ記事を書いて居る。日本人の様な、軍門

に來降したもので、明軍に收捕されたものでない外國人は其の本國の刑に依り、其の本國に於

て論治せしむることになつて居た様にも思はれる。即ち治外法權を許されて居た様にも見える。

然るに皇明實錄成化四年十一月の條に、日本國使臣麻答三郎於市買物、使酒手及傷人、禮部奏

其強橫行兇、宜加懲治、上以遠夷免下獄、付其國正使清啓治之、啓奏欲依臣俗事例處治、

但在禮義之地、不敢妄爲、俟臣還國、依法治之、且引伏不能鈴束之罪、上皆有之、既而

所傷者死、禮部覆奏、麻答三郎行兇、傷人致死、雖免問罪、宜依律追銀十兩、給死者之家

埋葬、仍宜諭各夷使朝廷寬宥懷柔之意、從之と言つてあり、明史の記事は之に據つたものと思

はれるが、清啓の從者麻答三郎が支那人を及傷し、問罪下獄を免せられたるは、憲宗の特旨に依

るもので、明史清啓の奏に犯法者當用本國之刑と言つてある様に、外國人の犯罪者は治外法權

を認められて居たからでないことは明かである。明史にも有司が其の罪を治せんことを請ひしこ

とを記して居る。明律の條文が明かに治外法權を認めて居るならば、有司がそんなことを請ふ筈

がない。又被害支那人が傷の爲めに死ぬことになる、禮部は麻答三郎の問罪は免除せられたが、矢張り支那の法律に依り罰銀十兩を追徴して死者の埋葬費となすべきであると上奏して、許可を蒙ぶて居る。支那の法律を一部適用するに至つたのである。問罪で獄を免せられしは、憲宗の特旨に依つて、特に支那法の適用を免せられしものであることは、これでも明かである。

澳門紀略官守篇に廣東香山縣の知縣蔡善繼が葡萄牙人の犯罪事件を處分したことを敘述し、澳門以法繩夷目、夷諱將爲變、善繼單車馳往、片言解縛、悍夷至堂皇下、痛答之、故事夷人無

受答者、善繼素廉介、夷人懼之、故怙息と述べてある。廣東通志

卷二百四十七

に依つて明の神宗萬曆

三十六年

西曆一六〇八年

のことであることが分かる。澳門に於て夷人即ち葡萄牙人が支那官憲の答を受

けない例になつて居たと云ふことは、明代に於て葡萄牙人の犯罪者などが支那の法律の適用を受けなかつた證據で、即ち葡萄牙人が治外法權を持つて居た證據である様に考へられるが、然しそれならば如何に廉介な蔡善繼からとは言へ、葡萄牙人としてさう云ふ重大な權利を蹂躪され、痛答を受けて、怙然として憎服することは考へられない。それに澳辦即ち澳門駐在の支那官吏が支那の法律に依つて夷目を逮捕したと云ふことも、支那の法律が澳門の葡萄牙人に及ぶと云ふ明かな條文がなかつた證據と考へられる。それに對して葡萄牙人が反抗して諱變を爲さんとしたのは、事實上支那の法律が適用されなかつた習慣になつて居た爲めであらうと思はれるが、それは

矢張り支那に於て夷を治むる便宜上實際に於て之を適用しなかつたと云ふに過ぎなかつたものと考へられる。

私は明律の化外人有犯の條文でも、清律の化外人有犯の條文でも、來降歸附して支那人となつた様な外國人を取締る條文でなく、來降歸附して支那人とならない外國籍の外國人を取締る條文であると考へる。支那人となつた様な外國人を取締る規定はなくとも不都合はないが、一般の外國人を取締る規定がなくては、化外人有犯の條文として非常に不都合である。そんなことではわざわざ化外人有犯の條文などを設ける必要は何くにあらうか。唐律は外國籍外國人が同國籍人間で鬪毆殺傷し合うと云ふ様が犯罪事件を其の國の風俗制法に依つて裁判することを定めて居る。

唐律に據ると 同國籍人間の事件以外は、外國籍外國人の犯罪は凡て支那の法律に依ることゝなつて居る。異國籍外國人間の犯罪でも、外國籍外國人と支那人との間の犯罪でも、凡て支那の法律に依る譯であるが、異國籍外國人間の犯罪に限つて支那の法律に依ると言つてゐるのは、同國籍外國人間の犯罪を其の國の俗法に依ることゝしたから、異國籍外國人間の犯罪は如何にするかと云ふ疑ひも起り得るので、特に此の場合だけを掲げて支那の法律に依ると明かにしたものであらう。明律清律では外國籍外國人の犯罪は凡て支那の法律に依ると定めてゐる。唐律は例外を規定し、一般の規定を闕き、明律清律は例外を省き、一般の規定としてゐる。唐律では同國籍外國

人間の犯罪を支那の法律で裁判處分することが出来ないのは不都合であると云ふ考へから、明律、清律の様な規定になつたのか、或は明律の出來上つたのは、同國籍外國人間の犯罪事件などが豫想せられなかつた時、或は其等の犯罪事件は支那官憲の見聞に達せずして彼等の間で勝手に處分されつゝありし時であつたから、さう云ふ場合を規定する必要を感じなかつたのか、何れかであらう。明律化外人有犯の條文の附註は、化外人の犯罪と云へば、初め日本の來聘使者などの犯罪もあつたが、それも後にはない様になり、倭寇、佛郎機、韃靼などの如く、邊疆を侵寇せる外夷の來降者か、明軍に於て之を收捕せる者かの犯罪に過ぎない様になつて、條文本來の目的がオブソリートとなり、化外人は即ち外夷來寇者及收捕夷寇であると云ふ様に考へらるゝことになつた結果であらう。

## 五

一八三八年四月英吉利政府は衆議院に對し、支那に於て刑事海軍及び民事の司法權を有する法廷或は諸法廷を設置する權限を以て英吉利女皇に附與する議案を提出した時、ハウス・ハwes等の諸議員は此の議案に關する委員會に於て、これは支那の司法權干犯である、支那政府は果して右の如き司法權干犯を容認したる事實あるか、支那の承認せざる法廷を設置しても、其の命令權を如何にして強制することが出来るか、これは命令權を政府自ら強制することの出来ない様な法

廷を支那に於て設置せんとするものである、支那人が被告である場合に、若し出廷を拒絶したならば、之に對して不利な判決が下されたとしても、政府は果して實力以外に如何なる權力あつて、此の法廷の司法權を執行し強制せんとするのであるか、或る船上で印度の水夫が支那人を殴打せし時、支那官憲は此の犯罪者を捕縛監禁し、當時英吉利の領事 Superintendent が英吉利法に依つて之を裁判する爲め引渡を要求したるも之を拒絶し、此の拒絶を歐羅巴諸國の法律慣例に據つて適當なりとし、佛蘭西に於て英吉利人の犯罪は佛蘭西の法律に據つて處分せらるゝ判例を引照して居るのでも、支那人自ら其の地位を理解して居ることが分かる、随つて支那の領土内に於て英吉利の法廷を設置せんとする場合には豫め支那の承認を経る必要がある、英吉利人は貿易の目的を以て支那に在ることを許容せらるゝもので、支那の習慣に遵ひ、支那人に對して英吉利人自身の慣例を強制するが如き行爲を爲さざる義務を負へるものである、若し此の政府提出案が可決され實施せらるゝ様なことになれば、英吉利の支那に對する商業上の交通は一旦にして非常の危機に陥るべしと論じて反對し、北京政府が同意を表したりとの證據歴然たるまでは、支那の領土内に於て、民事刑事上の司法權を有する法廷を設置せんとする如き一切の法案通過を差控うることを便宜なりとすと云ふ様な反對議案を提出した (Hansard, Parliamentary Debates, 44 (1838), 744)。

バーマーストン卿は政府案維持の爲め、之に對し支那の領土内に於て英吉利の法廷を設置する



ことは、未だ支那官憲の同意を得るに至らざるも、果して彼等は之を以て支那の司法權干犯なりとして憤慨するであらうか否かは疑問である、今自分の手許にある書類の上より推測すれば、自分等は決して憤慨せざるべく、却つて英吉利の司法權の適當なる行使に對して、十中八九まで承諾すべく信ぜらるゝ旨を述べ、「サー」ジョージ・ストウンTONの說を根據として、支那に於ては支那の法律は死刑犯を除き、實際外國人の犯罪に關し中止せらるゝことになつて居る、政府案には何等支那に於ける現行の慣習と相容れず、又支那人民の一般に公認せる主義と相容れざる條項を含んで居ないと辯駁した (Hansard, *ibid*, 745-9)。

當時衆議院の形勢は政府案反對論多數で、バーマーストン自ら政府は次ぎの議會まで提案を延期することを辭せざる旨を聲明した程であつた。然し死刑以外の犯罪に關して、實際上支那の法律が中止されることになつて居る、支那自ら事實上外國人の治外法權を認めて居たと云ふバーマースTONの主張は果して根據ある主張であるか。當時反對論は多かつたが、バーマースTONの此の主張は嘗て反駁せられなかつた。それ故英吉利人は今日も支那に於ては、南京條約以前死刑以外の犯罪に支那の法律が適用せられないことになつて居た様に考へて居るかも知れぬ。

## 六

バーマースTONの主張はストウンTONの說に據つたものであるが、ストウンTONの說は其の支

那難錄中に見え、それには、外國人は支那に於て種々の不便利限を蒙ぶて居るが、其の代りに最初より死刑犯だけを除いて、其の他の犯罪事件に於て、支那の法律の直接の適用から除外されて居た様に見える」と記してある。さうして其の脚註に此の除外は一八〇八年<sup>嘉慶十三年</sup>英吉利の水夫エドワード・シェン Edward Sheen の犯罪事件の際の上諭に明言されてある、法律の條文と除外例と合せて明細に述べられてあると附記し、支那人外國人間の謀故闘殺等の犯罪事件の場合には、外國人の方に罪があつて、支那の法律で斬絞罪に相當し、知縣が豫審を爲し、證據及び證言を受理し、犯罪の實情を明細に説明し、其の結果判決を附して總督巡撫に報告し、督撫に於て嚴密なる覆審を爲し、事實に於ても法律の適用に於てもそれが正鵠を得たるものであると定まれば、督撫より知縣に命じ、該國人代表者と會同して、判決通り執行せしめ、死刑犯以外で減等すべき情狀の犯罪で、支那の法律に於ても減等すべきものであることが明記されて居る様な場合には、凡て犯罪者を其の本國に送還し、其の本國人をして處罰せしむべきであると云ふ上諭を譯載してある (Sir George Thomas Staunton, *Notices relating to China*, pp. 131, 132)。

ストウントンの譯が誤まつて居なければ、此の上諭は死刑犯以外の外國人の犯罪事件を支那法の適用から除外したものであることは疑ひを容れない。然るに顧維鈞君はストウントンの譯は死刑犯に關する限り間違つて居ないが、死刑犯以外の犯罪に關する部分は間違つて居ると考へ、そ

れを證明する爲めに、ストウントンの譯に成る「清律」に附載したる上諭を引用して居る。それには總督の上奏に據るに、名例律に凡そ化外人の犯罪者は並に律に依つて擬斷すどあり、又律に過ちて人を殺す者は罰銀を納めしめて其の罪を贖ふを許すどあり、又乾隆八年四曆一七四三年兩廣總督の上奏に對する批旨に、將來支那人外國人間の謀故鬪殺等の犯罪事件の場合には、外國人の方に罪があつて、支那の法律で斬絞罪に相當し、知縣が豫審を爲し云々ストウントン支那雜錄脚註譯載の上諭と同じ前段引用參照エドワード・シーンの犯罪は明かに清律の過失殺傷罪に該當するから、總督の上奏通り、毆打殺傷の場合の絞罪を免じ、罰銀十二兩四分二釐を出さしめて、死者の埋葬費として遺族に提供し、罪を贖ふを許し、然る後本國に送還し、其處で常法の如く治めしむべしと言つてある (Staunton, Penal Laws of China, Appendix XI, p. 523)。

顧維鈞君は外國人の犯罪は、死刑犯でも、死刑を減等せらるべき犯罪でも、支那の法律に依るものであることはこれで明かである、若しストウントンが其の支那雜錄に於て考へて居る通り、死刑を減等せらるべき情狀の犯罪に對し、支那の法律が中止せらるゝ譯ならば、エドワード・シーンの犯罪は正しくさう云ふ犯罪であるから、支那の法律が適用されない筈なのに、彼は支那の法律に依つて罰銀を出させられて居る、その上に彼は本國に送還されて其處で常法の如く治めらるべきことになつて居る、此の上諭は外國人の死刑犯以外の犯罪の場合に、支那法の適用除外を

明かにしたものでなく、却つて支那法の適用の外、更に追放と云ふ刑罰を附加したものである。これは外國人に治外法權を與へたものでなく、却つて重い刑を科したものである。支那には決して死刑犯以外の犯罪に於ても外國人を支那法の適用より除外せる事實なく、又さう云ふ法律もないと論じて居る。

## 七

一八〇八年の上諭は一七四三年の上諭を根據として居ることは疑ひがない。一七四三年の上諭はストウントン譯に據ると、外國人の死刑犯を支那の法律に依つて裁判する原則を明かにして居る。ストウントンは外國人が支那に於て支那の法律の適用より除外せらるゝは死刑犯でなく、死刑犯以外の死刑を減等せらるべき情狀の軽い犯罪に止まることを承認し、顧維鈞君も死刑犯は外國人と雖も當然支那の法律に依つて裁判せらるべきもので、これに就いては、外國人自身も異存がないものゝ様に考へて居るのである。かう云ふ風に考へることは、南京條約以前外國人に治外法權なしと考へるものには、都合好い譯であるが、外國人の死刑犯に就いては、支那の法律の適用せらるゝことは疑ひない様になつて居る一七四三年の上諭のストウントン譯は果して誤りがないであらうか。

顧維鈞君は一七四三年の上諭中、死刑犯以外の減等の情狀ある犯罪其の他の犯罪に對して、外

國人の治外法權を認むる様になつて居る部分のストウントン譯は誤つて居る様に考へたのであるが、これは顧維鈞君には南京條約以前に於て支那は外國人の治外法權を許す筈がないと云ふ考へがあるから、上諭中の死刑犯に關しては外國人の治外法權なしと云ふ部分のストウントン譯を疑ひなしに肯定し、死刑犯以外の犯罪の治外法權を認めたる部分のストウントン譯を誤つて居る様に考へた嫌ひはないか。顧維鈞君は一八〇八年の上諭の原文は見ることは出来ないもので、死刑犯以外の減等すべき情狀の犯罪に關して、外國人の治外法權を認めたるストウントン譯が正しいか、誤つて居るか、直接に斷定することは出来ないと言つて、間接にそれが誤つて居らなければならぬことを證明せんとした次第は前述の如くである。

一八〇八年の上諭は一七四三年の上諭に基づくものであるが、支那の記録に於て此の上諭を見出すことは出来ないものであらうか。澳門紀略にも此の上諭はその儘に載録されないが、此の上諭の根據となつた兩廣總督の上奏、刑部の覆奏などが載録されており、上諭の如何なるものであるかは大體推測が出来る。

此の上諭は一七四三年即ち乾隆八年澳門に於て支那商陳輝子なるものが、酔餘途中での出會ひがしら葡萄牙人晏些盧と口論毆打を爲し、陳は晏の爲めに小刀で戮傷され、それが原因で死するに至つた事件に關し、兩廣總督の上奏、刑部の覆議に關し發せられた上諭の様である。

此の上奏は當面の問題たる晏の處分に關するものと、今後の事件に關して條例を定めんことを奏請せるものと二部に分かれて居る。

第一晏の處分に關しては、

據縣驗傷取供、填格通報、並密稟、西洋夷人犯罪、向不出澳赴審、是以兇犯於訊供之後、夷目自行收管、至今抗不交出、臣同前撫臣王安國、誠恐該地方官、失之寬縱、當即嚴批、照例審擬招解、嗣據該縣疊催隨稟、據夷目稟稱、蕃人附居澳境、凡有干犯法紀、俱在澳地處治、百年以來、從不交犯收禁、今晏些盧傷斃陳輝子、自應仰遵天朝法度、擬罪抵償、但一經交出收監、違犯本國禁令、闔澳夷目、均干重辟、懇請、仍照向例、按法處治、俟示發落等詞、具稟、臣等伏查、澳門一區、夷人寄居市易、起自前明中葉、迄今垂二百年、中間聚集蕃男婦女、不下三四千人、均係該夷王分派夷目管束、蕃人有罪、夷目俱照夷法處治、重則懸於高竿之上、用大礮打入海中、輕則提入三巴寺內、罰跪神前、懺悔完結、惟民夷交涉事件、罪在蕃人者、地方官每因其係教門、不肯交人出澳、事難題達、類皆不稟不詳、卽或通報上司、亦必移易情節、改重作輕、如鬪殺作爲過失、冀外結省事、以致歷查案卷、從無澳夷殺死民人、抵償之案、今若徑行搜拿追出監禁、恐夷情疑懼、別滋端、倘聽其收管、無論院司不能親審、碍難定案承招、併慮曠日遲久、潛匿逃亡、致夷人益生玩視法紀之心、天朝政

體攸繫、臣等公同酌核、此等事件、似當俯順夷情、速結爲便、惟照夷法、毆火轟死、未免失之過慘、隨飭司、檄委該府、督同該縣、前往妥辦去後、茲據按察使陳高翔詳、據廣州府知府金允彝詳稱、遵即宣布德威、嚴切曉諭、並將兇犯應行紿抵之處、明白示知各夷目、遂自行限日、眼同屍親、將兇犯安些薩、於本月初三日、用繩勒斃、閩澳蕃人靡不畏而生、感等情前來、臣等查核原供、釐起於撞跌角、毆殺非有心、安些薩律當擬絞、既據該夷目、已將兇犯處治、一命一抵、情罪相等、除批飭立案外、所有臣等辦理緣由、理合奏明、

と述べてある。知縣が傷を驗して供を取つたと云ふのは兇犯の供を取つた意味か、然らずして證人などの供を取つた意味か明かでない。又兇犯訊供の後に於て夷目自ら收管を行つたと云ふのは、夷目が兇犯を訊問して供を取るまでも自ら行つた意味か、收管は自ら行つたが、兇犯を訊問して供を取ることは、知縣の行ふのを承認した意味か明かでない。總督が地方官の辦理の寬縱に失するを恐れて嚴批して、例に照して審問擬罪するを命じたと言つてゐるのは、知縣は兇犯を審擬しなかつたので、之を嚴命したのであるとも考へられる。今若し徑ちに搜索退出監禁を行はゞ、夷情の疑懼を招ぐを恐るゝとあり、どうも知縣も兇犯を直接に訊問しなかつたのではないかと思はれる。知縣が訊問だけを行ひ、之を夷目に引渡して收管を爲さしめたとは思はれぬ。今に至るまで抗して兇犯を交出せずと言つてゐるのも、交出だけに抗して知縣の訊問には抗しな

かつたと考ふべきではない様である。<sup>10</sup>總督巡撫等は捜拿を行はず、追出せしめて監禁すること  
を爲さず、夷情に俯順し、速結することを使となし、按察使知府知縣等をして妥辦せしめたので  
ある。<sup>11</sup>彼等は兇犯を絞殺に處するのは適當であると云ふことを各夷目に告知した様である。總  
督の上奏に引用せる彼等の報告には其の爲めの様に書いてあるが、それは分からねけれども、<sup>12</sup>兇  
も角各夷目は遂に自ら日を定めて屍親の立會を求め、繩を用ゐて兇犯を勒斃する刑を執行したの  
である。此の刑を執行したのは夷目である様である。<sup>13</sup>總督の上奏に喧嘩の結果毆殺したので、  
故意に殺したのではない、支那の法律に依れば應に絞罪に擬處すべきである、然るに該夷目の言  
に據れば、已に兇犯を處罰治罪したと云ふことであるが、其の處治は殺人罪は死罪と云ふ一命一  
抵の原則に依つて居るのであるから、これは支那の法律に依る絞罪の趣意にも合し、情罪相符す  
るものであると言つてあることから考へても、どうも繩を用ゐて勒斃の刑を執行したのは夷目で  
ある様に思はれる。<sup>14</sup>總督の上奏に夷情に俯順して速結することを使となすべきに似たりと言つ  
てある。<sup>15</sup>葡萄牙人等は自分等と同じ基督教門に屬しない様な支那官憲に、葡萄牙人の兇犯を澳  
門に於て執行するならば差支へなしとして引渡し、其の勒斃に任せたとは考へられない。若し支  
那官憲は其の引渡しを主張したならば、葡萄牙人等は之に反對したことは想像される。總督が夷  
情に俯順し、事の速結を欲する以上其の場合讓歩したであらうことも亦想像される。



の總督の上奏に夷情に俯順すべきだが、惟だ夷法に照して礮火轟死の刑を行はしむるは過慘を免れないとて、按察使知府知縣等をして干涉せしめて妥辦せしめたと云ふことであるが、上奏には礮火轟死は夷人相互間の犯罪に於て死刑に適用せる夷法であると云ふことは述べてあるけれども、之を民夷交渉事件の場合の夷人の犯罪に適用したと云ふことは述べてない。兎も角案卷には從來澳夷が人民を殺して抵償即ち死刑に處せる案はないと云ふのであるに拘はらず、夷法は過慘であるからと言つて干涉せしめたのは、民夷交渉事件の夷人の犯罪にも、夷法の適用を認めたものであり、又夷法を認め、支那の法律を適用しないと云ふのでは、支那官憲として寛縦の誹を免れない譯であるから、干涉を爲し、或は干涉を爲したと言つて、體面を立てた様な觀を裝はんとしたものではあるまいか。

これは偶ま此の夷人の兇犯が支那官憲に依らず、夷目に依つて繩を用ゐて勒斃せられたる證據となる様に考へられる。夷目が繩を用ゐて之を勒斃したのは支那官憲の干涉に依つたものであるが、其の結果葡萄牙の法律では礮火轟死すべきものを、繩を用ゐて勒斃すると云ふ特別な方法を用ゐるに至つたものであらうか。上奏はさう思はれる様に書いてあるが、どうも疑はしい。

此の上奏に對して、刑部の議覆に、其妄些虛戮傷民人陳輝于一案、該督等既稱、兇犯應行絞抵之處、據夷目、眼同屍親、將妄些虛用繩勒斃、番人靡不畏而生感等語、應毋庸再議と

言つてあり、それを是認して居る。

八

第二總督の上奏中今後の殺人事件に關して條例を定めんことを奏請せる部分には、

抑臣更有請者、化外之人有犯、原與內地不同、澳門均屬教門、一切起居服食、更與各種夷人有間、照例解勘承招、夷情實有不屈、且兇犯不肯交出、地方官應有處分、若不明定條例、誠恐顧惜考成、易啓姑息養奸之弊、可否仰邀聖恩、特降諭旨、嗣後澳夷殺人、罪應斬絞、而夷人情願卽爲抵償者、該縣於相驗時、訊明確切、由司核明、詳報督撫、再加覆核、一面批飭地方官、同夷目、將犯人依法辦理、一面據實奏明、並抄供報部查核、庶上申國法、下順夷情、重案不致稽延、而澳夷驚駭不馴之性、亦可漸次悛改等因、具奏前來  
と述べてあり、例に照して縣より府司省に解送勘問し、白狀せしむると云ふことは、夷情願はないものがある、それをなさしめ様としても、兇犯を交出することを肯んじない、何時まで經過つても埒が明かないと云ふことになるから、地方官は自分の考績のことを顧慮して善い加減に、外で事の結末をつけて面倒を省くと云ふ所謂外結省事の遣方をなして姑息養奸の弊を啓くことになるから、地方官が殺人事件の場合に取るべき處置、此の處置に反したる場合の地方官の處分などを、條例として明かに定めて置きたい、若しかう云ふ自分の考へが聖旨にかなへば、特に諭旨

を降されたいと云ふのである。

晏の事件に就いて、夷目は支那官憲の捜拿、訊問、追出、監禁、解勘、招承等に抗し、支那官憲は夷情に俯順し、事の速結を便とした。此の後同様の事件が起つたとして、其の際に夷目は同様に其等のことに抗議すべきは明かである。晏の場合に夷情に俯順し、速結を便とせる支那官憲は、其の時に之に俯順せず、速結を便とせざることは考へられない。上奏にも今後かう云ふ條例を定むれば、下は夷情に順ひ、重案稽延を致さざるべしとあり。夷情に順ひ、重案の稽延を致さざる様にするには、晏の場合同様に、捜拿、訊問、追出、監禁等をしない様に譲歩せざるべからざるは明かである。總督の希望する條例は、嗣後澳夷が人を殺し、其の罪斬絞に當り、夷人にして抵償即ち死罪に處することを情愿し、知縣之を相驗して訊明確切なる場合には、總督巡撫より地方官に批飭し、夷目と共に犯人を法に依つて辦理すべしとのことを明定するものである。

抵償を情愿せざれば如何にすべきか、それは別として、抵償を情愿すれば、法に依つて辦理すべしと云ふのは、其の情愿に従つて辦理すべしとの意味に解さなければならぬと思はれるが、それにしても法に依つて辦理すべしとは如何なる法か、解されぬことである。夷法と云ふ意味ならば、意味が分かるが、それならば夷法と明かに書かなければならぬ筈である。夷人相互間の犯罪に夷目が夷法を用ゐて處治したと云ふことは、總督の上奏に言つてある所である。それが明か

に言つてなければ夷法ではないと考ふべき筈であるが、支那の法律の意味で、それに依つたと考へては、夷人の情愿に従はないことになり、意味が分からぬ。それに支那人の死刑犯は支那の法律に依る譯であるが、夷人の死刑犯はそれと取扱ひを別にする様に書いてあつて、區別してあることから考へても、支那の法律に依ると考ふべきではない。それならば如何に解すべきか。晏の場合に、夷目はこれは天朝の法度に仰遵して擬罪抵償すべきは當然であるが、然し支那の官憲に犯人を交出して收監せしむることを承諾すれば、葡萄牙本國の禁令に違反することとなり、澳門全體の夷目は重罪人となる譯だから、それは出来ない、矢張り向例に依り按法處治することにしたと言つて居る。さうして夷目自ら口を定め繩を用ゐて犯人を勒斃すると云ふ死刑を執行したのである。これが向例に依つて按法處治した譯であらう。支那の法律通りでないことは明かである。按法の法は支那の法律でない。向例は決して支那の法律に依つて處治して居ないのである。然し夷法でもないとするれば、矢張り天朝の法度に仰遵すると云ふ意味で、天朝の法度に於て絞殺に處せらるべき犯罪であるから、葡萄牙の方でもそれに相當する處治をなすことにすると云ふ意味であるまいかと思はれる。總督の明定を奏請せる條例中の依法辦理の法も、さう云ふ法ではあるまいか。晏の場合に葡萄牙人の要求を容れて向例を許したのであるから、條例に於ても向例を許し、夷目が繩を用ゐて勒斃すると云ふ死刑方法を許すことに定められたいと奏請したものと考

ふべきであるまいか。

之に對する刑部の覆議には、

查律稱、化刑人有犯、並依律問斷、俱期於律無枉無縱、情實罪當、其他收禁承招等項節目、原不必悉依內地規模、轉致碍難問擬、今據該督等奏稱、中略等語、應如所奏、請嗣後在澳民蕃有干涉謀故鬪殺等案、其罪在民人者、照律例遵行外、若夷人罪應斬絞者、該縣於相驗時、訊明確切、通報督撫、詳加查核、如果案情允當、該督撫即行批飾、地方官同該夷目、將該犯依法辦理、免其交禁解勘、仍據實奏明、並將供招報部存案、  
と言つてある。法律の目的は枉なく縱なく、情實罪當なるを期すべし、それが達せらるれば、其の他の收禁招承等のことは、必ずしも内地通りにしなくとも宜しどの意味である。此の覆議には收禁招承のみを言つて居るが、訊問處刑の方法等も、法律の目的たる情實罪當に妨げがなければ讓歩する意なるは明かである。

さうすると、一七四三年即ち乾隆八年の上諭は、外國人の死刑犯に關しては、支那の法律を其の儘に適用せず、葡萄牙人が天朝の法度に仰遵して處治すると言つて、一命一抵と云ふ法律の原則にさへ違はなければ、それに任せる、即ち夷目が細を用ゐて之を勸懲すると云ふ死刑の方法を承認すると云ふ意味に解さなければならぬ様である。

さうするとストウントンの言つて居る如く、又顧維鈞君の考へて居る如く、外國人の死刑犯に關しては、支那の法律が適用され、それに依つて裁判されることは疑ひがない譯ではなく、死刑犯に對しても今日の合議裁判制度の治外法權を許したことになる。さうするとなか／＼死刑以外に於て減等すべき情狀の犯罪に關して外國人の治外法權を許したわけの關係でなく、重大なことになるのである。南京條約以前に於て、外國人の治外法權なしと考へるものに取つては誠に困つたことであるが、顧維鈞君などの様に、外國人の死刑犯に關しては固より治外法權などはなかつた、それが當然であるなどと考へて濟して居る譯には行かないのである。